

わが国における漁業権の法律的構成

その一 漁業権の本質

吉 原 節 夫

は し が き

第二次大戦後、漁業生産力の向上と漁業民主化を目的として漁業制度の根本的改革が行われ、新漁業法の成立をみるに至つたのであるが、その規模及び意義の重大性は、かの農地改革のそれに優るとも決して劣るものではなかつた。今更いふまでもなく、漁業は農業とともにわれわれ人間生活にとつて密接な関係をもつ原始産業であるが、特に四面海に臨むわが国においては、漁業は古くより盛んに営まれ、わが国社会経済史上重要な一分野を占めて来たのである。⁽¹⁾しかるに、これまで漁業に関する研究は一部少数の学者に委ねられて一般には等閑視され、他の分野に比すれば頗る立ち遅れていたといひ得るのではなからうか。とりわけ法律学の分野においてはその感が深い。漁村には今日なお前近代の要素が強く残存していることは人々の指摘するところであるが、その制度的基盤をなすと考えられる漁業権の問題、漁業労働関係、漁村における家族生活関係等、民法或は労働法の視点より、法律解釈学的に、或は更に法社会学的に攻究し解明するべき多くの問題を包含しているといえる。

筆者は本稿において、これらの問題の中、まず漁業生産の法律的基盤たる漁業権を取り上げ、その法的性格を民法財産法の角度から究明せんと試みた。勿論、漁業権の如き古来から人々の社会経済生活に深く根を降し社会経済の推移と共に発展して来た法制度を正確に把握するためには、法制史的研究及び法社会学的研究を除くことはできないであらう。けれど、実際に且つ支配的に漁民生活を規律しているものは国家法よりもむしろ「生ける法」*lebendes Recht*なのであつて、われわれは、この「生ける法」を探索することなくしては現実の漁業生産秩序下における漁業権の実態及びその機能を知ることができないからである。しかし、ここでは紙数の関係上、もつぱら漁業権の法律的側面に論点を置き、その本質を民法解釈学の立場から分析してみた。

吉原・わが国における漁業権の法律的構成

筆者の意図は、まず現行法制度において漁業権はいかなる法的內容或は法律的構成をもつ權利として存在しているかを検討し、その上で他日改めて法社会学的に実証的研究をなし、もつて漁業権に対する総合的な考察を加えんとするところにある。⁽²⁾いい換へれば、この方面における筆者の研究史の、いわば序的考察を試みんとしたものである。⁽³⁾

註 (1) わが国の漁業史に関しては、羽原又吉「日本古代漁業史」、同「日本漁業經濟史」(上巻、中巻一、中巻二、下巻の四分冊)、山口和雄「日本漁業史」等の文献がある。また、大日本水産会「水産講座、漁業編」第一巻、一一四頁以下、大城朝申「漁業権及漁業権制度」司法研究第一七輯、報告書集第一四、四頁以下にも述べられている。

(2) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, S.33
磯村哲「エーリッヒの法社会学(上)」(法学理論篇88)特に三八頁以下
川島武宜「法社会学における法の存在構造」一二三頁以下参照。

(3) (1) 漁業権の法社会学的研究の成果は、潮見俊隆「漁業権の研究——漁村の法社会学的研究」(法律時報二二巻九号一二号、二二巻一号、法社会学I所収、後に「漁村の構造——漁業権の法社会学的研究」(昭和二十九年、岩波書店)にまとめられた)、原暉三「部落と漁業権——二、三の漁業権実態の調査を基礎にして——」法学志林五四巻四号、鈴木三郎「浜名湖漁業及漁業権の研究」(和昭三二年)等に発表されている。

(4) 漁業権の法制史的研究には、原暉三「日本漁業権制度史論」同「日本漁業権制度概論」、潮見「日本における漁業法の歴史とその性格」法律学体系、法学理論篇101等の優れたものがある。

(5) また、経済学の立場から考察された、山口和雄「日本漁業經濟史研究」、清

水弘、小沼勇「日本漁業経済発達史序説」、近藤康男編「日本漁業の経済構造」等も参照さるべき文献である。

- (4) 我妻栄「私法の方法論に関する一考察」(同「近代法における債権の優越的地位」所収四七六頁以下)特に五〇五頁以下参照。

第一 漁業権の本質

(一) 問題の所在

漁業権は、通常いわれる準物権(すなわち、民法上の物権ではないが排他的な利用を内容とし特別法によつて物権としての取扱いを受けるもの⁽¹⁾)の一つとして民法概説書の多くに列挙されている⁽²⁾。なるほど、漁業法には「漁業権は物権とみなし、土地に関する規定を準用す」と規定せられている(二三条一項)。しかるに、準物権とされている漁業権は民法上の諸物権といかなる点が異なるのか、或は同じ性質のものなのか、更にまた物権とみなされるべき理論的根拠があるのだろうか。かつて、末弘博士は、漁業権と同じく準物権なる範疇に属せしめられている鉱業権について「我々鉱業法ハ鉱業権ナル特別ノ權利ヲ認メテ之ヲ物権トナシ不動産ニ關スル規定ヲ準用スヘキ旨ヲ定メタリ。然レトモ其權利ノ本質カ果シテ民法ニ所謂物権ナリヤ否ヤハ直ニ此ノ一箇条ノ文言ノミヲ以テ之ヲ決ス可ラス、更ニ深く權利ソノモノノ内容ニ立入リテ精細ナル研究考慮ヲ經ルニアラスハ其真相ヲ明白ニスヘカラサルモノアル也」と述べられ、その本質につき詳しく論ぜられた⁽³⁾。博士の警句はただに鉱業権のみならず、漁業権についてもそのままではまるものである。漁業権は後に述べる如く明かに私権の一種なのであつて、正に私法学者の研究に値するものであると考えられるのであるが、民法学者の多くは単にこれを物権の種類の中に特別法によるものとして列挙するに止まるか、或は多少その特殊性に注目する学者があつても、簡単に「その本質において物権とみるべきでない」と論結せられているのが通例であつて、これまで必ずしも十分に論じ尽されているとはいひ難いのである⁽⁴⁾。

本稿は、漁業権に関する従来の学説に疑問を寄せつつ、その本質について

の卑見を自分なりの体系に基いて展開してみたものである。まず、本題に入る前に、論議の便宜上漁業権とは一体いかなる權利を指称するのか、その予備的觀念を明確にしておこう。

- 註(1) 我妻栄編「新法律学辞典」(昭和二十七年)四七二頁。なお、準物権なる概念は、かかる意味の他に、一般先取特權(民三〇六)權利質(民三六二)のよう

な「物」を客体とするものでなく——權利の上の權利にも使用される場合がある(柚木馨「判例物權法総論」(昭和三〇年)六頁参照)が、ここでは、もつぱら特別法上の物權を指稱するものとして使用する。

- (2) 例えば、我妻栄「物權法」(民法講義Ⅱ)二八頁。石田文次郎「物權法論」二一頁。柚木「判例物權法総論」五五頁。松坂佐一「民法提要物權法」一三頁等多数がそうであるといつてよい。

- (3) 末弘蔵太郎「鉱業権ノ本質」法学協會雜誌三一巻八号六三頁。

戦後、我妻教授は鉱業権に関する私法問題を取上げられ、私法学者の関心を喚起せられた。我妻栄「鉱業法改正案における私法問題」私法五号七二頁以下所収参照。

- (4) 例えば、中島玉吉「民法釈義物權篇卷之二上」二六頁、穂積重遠「改訂民法総論」九三頁。

(5) これまで筆者の見た狭い範囲では、漁業権の本質を正面から問題とした、いわば漁業権本質論ともいふべき文献は見当たらない。民法関係以外では、石黒武重「漁業法」(現代法学全集)、井出正孝「漁業法」(新法学全集)を初め、漁業法解説書に一応の説明がなされており、また、安田正鷹「水利権」(一六三頁以下)にはかなりまとめて論ぜられているが、筆者にとつて異論のあるところである。その他では、原「日本漁業権制度概論」同、「漁業法判例解説」(第一巻)(昭和十三年)、美濃部達吉「行政法提要下巻」(昭和十一年三版五六五頁以下「漁業権及入漁権」)に、漁業権の本質について傾聴すべき見解が述べられている。これらの学説は後程引用且つ批判することにする。

(二) 漁業権の觀念とその法的意義

1. 漁業権の觀念

広く漁業権(fishery; right of fishing; Fischereirecht)と云ふときは、特定人が一定の漁業をなし得る權利を、すべてこれに含めて觀念することが

できる。しかし、厳格な意味において漁業権とは、単に漁業をなし得る権利ではない。例えば、完全なる私水において、その中にいる水産動植物を採捕したり或は養殖をなすことのできるのは、その私水の所有権に包含せられる権能であつて、独立した漁業権によるものとはいえない。また、遠洋のかつお、まぐろ漁業等の許可漁業も漁業権によるものではない。厳格な意味において漁業権とは、単に漁業をなし得る権利でなく、漁業法上という漁業権のことであり、それは行政官庁の免許によつて設定せられ、いわゆる免許漁業をなし得る権利である。しかも、この狭義の漁業権は漁業法によつて物権とみなされている。しかし、漁業法上の権利であり同じく物権とみなされている権利であつても、入漁権(七条)、或は新漁業法において認められた「各自漁業を営む権利」(八条)等も狭義の漁業権とは区別して観念せられなければならない。

註(1) わが国の現行漁業制度は、漁業を(一)自由漁業(二)許可漁業(三)免許漁業(四)禁止漁業に分け、これを組合せて漁業秩序を構成している。自由漁業は、今日釣、延縄等零細な価値のものしか残されていない。許可漁業は、許可を受けなければやれない漁業でありその数が制限されている。これには遠洋の許可漁業(捕鯨、トロール汽船、以西底曳網、かつお、まぐろ漁業)から、内地沖合の許可漁業(以東底曳、揚操漁業等)まで様々の種類と規模の漁業がある。而して免許漁業は、免許を受け漁業権を有しなければならぬことのできぬものであつて、現在、定置漁業、区画漁業、共同漁業の三種の漁業権が認められている(新漁業法六条参照)。なお、これらについては、近藤康男編「日本漁業の経済構造」三六四、三六五頁参照。

二、わが国における漁業権の成立とその特色

古代より発達して来たわが国の漁業に関する権利関係が、市民法的に概念構成され、近代の権利として確立されたのは、明治三十四年法律第三四号漁業法(旧漁業法と略称する)及びその改正法たる明治四三年法律第五八号漁業法(前漁業法と略称する)においてであつた。まず、わが国最初の漁業に関する統一法典たる旧漁業法は、徳川末期以来の慣行その他による入会漁業と特権的特殊漁業を承継し、これを整理して、定置漁業権、区画漁業権、特別漁業権、専用

吉原・わが国における漁業権の法律的構成

漁業権の四種の漁業権を法定すると共に、「漁業権ハ相続、譲渡、共有及び貸付ノ目的ト為スコトヲ得」るものとしてその財産権性質を明かにした(同法七条)。その後、前漁業法は更に漁業権の法律上の他位を明確にし「漁業権は物権と看做し土地に関する規定を準用する」と規定したのである(七条一項)。

この様にして成立し確立されたわが国の漁業権制度は、古くからわが国独特の発達をして来た制度を基盤とし、これを近代法的に整備したものであつて、この点他の諸法制の多くが欧米のものをそのまま継受しているのに対し、極めて特異な例であるといえよう。したがつて、わが国の漁業権はイギリス、プロシヤ等外国における漁業権に比べ種々の点で著しい対照をなしている。特に注目されるのは、第一に、漁業権と水面所有権との関係である。欧米の漁業権制度は内水面或は土地所有権の目的となり得る私水面等における内水漁業を中心に発達して来たため、漁業権も水面の土地所有権と密接な関係にあり、法律上漁業権は原則として水面の敷地の所有者に属せしめられている。これに対し、わが国の漁業権は水面の土地所有権とは全く別個に観念されているのであり、何ら土地所有権の存在を前提としていない。水面の土地所有権とは全然無関係に、行政官庁の免許によつて成立し存在するのである。第二に、漁業権の内容である。欧米の漁業権は水面の土地所有権に基礎を置く結果、権利の内容も包括的であるのがむしろ原則であり、本来的な態様である。しかるに、わが国の漁業権は、決して一定区域内の水面において、一切の漁業行為をなし得る包括的なものではなく、或は漁具漁法により、或は漁獲物の種類による等、一定の範囲に制限せられた内容の漁業を排他的になし得るに止まる。

わが国の漁業権は、その成立において、欧米諸国の漁業権制度が法定主義ないし所有権者漁業権主義を原則とするに対して特許主義であり、また、その内容、効力において、欧米の無制限主義に対し制限主義であるといわれるのも、以上述べた意味においてである。

註(1) わが国における近代の漁業権の成立過程は、原「明治初期の漁業制度並に旧

漁業法における継受関係」(同「日本漁業権制度史論」一九六頁以下)および潮見「日本における漁業法の歴史とその性格」に詳し。

- (2) 外国の漁業権制度に関しては、石黒「漁業法」(現代法学全集三十卷三四頁以下)、井出「漁業法」(新法学全集三三卷四八頁以下)に、簡単に説明されている。ここでは、日本の漁業権制度の特色を知るため、その中でも代表的なイギリス、プロシヤの場合を取上げた。なお、イギリス、プロシヤの漁業権制度については、井出前掲書四八頁以下、潮見「漁村の構造」六頁以下にその大要が紹介されている。筆者はこれらの他イギリスについてはA.H.I.W. Coulson and A. Forbes, "The law relating to waters" 4th. ed. 1924. を、また、フレンキヤについてはMax Herrmann, Kommentar zum Preussischen Fischereigesetz vom 11. Mai 1916, 1916 年 4 月 M. von Brauchitsch: Verwaltungs-gesetz für Preussen, 1929 を参照した。

- (3) イギリスにおいて、わが国の漁業権に相当する"several fishery"が存在するのは non-tidal water (非海潮水面)とtide water (海潮水面)では原則として漁業の自由が認められ、イギリス全国民が"common fishery" or "public fishery"を、a private な"free fishery"は旧来から存続していたものに限られる。Coulson, op. cit. p. 362.

プロシヤにおいて、ほぼ同様である。"In den Küstengewässern, an denen keine Eigentum besteht, hat jeder Deutsche freien Fischfang." Preussischen Fischereigesetz §6.

Brauchitsch, a. a. O. S. 386ff.

- (4) (i) イギリスの non-tidal water における several fishery (個別漁業権)は水面の敷地である土地の収益(Profits)に過ぎず、漁業をなす権限は土地の権利から生ずるものと考えられ、原則として水面の土地所有権者に附属するとされる。この権利が土地所有権者の"grant"等により分離すれば、土地より独立した漁業権として存在し、別個に移転することができる。かくして、個別漁業権が土地所有権者に属する場合は"corporeal fishery"また、土地所有権者以外に属する場合には"incorporeal fishery"と称せられている。Coulson, op. cit. p. 361, 362.

(ii) また、プロシヤでも沿海水面中所有権の存在する水面及び内水面においては、水面の所有権者が漁業権を有するとせられている(In den Küstengewäss-

ern, die im Eigentum stehen, und in den Binnengewässern hat der Eigentümer das Fischereirecht. F. G. §7. Herrmann, a. a. O. S.17)。これにより認められた水面の所有権に基づく漁業権(Eigentums-fischereirecht)は、土地所有権の効果として法律上当然に発生するものであり、水面の土地所有権の移転に伴い漁業権も当然移転するものと解されている。

- (5) 前記 Corporeal right は、原則として一切の魚類について種々の漁法による採捕行為をなし得る包括的な内容を有する。ただ、in corporeal right の場合は grant の内容によって、権利の内容は、或は、土地所有権者の有した漁業権の全部にわたる場合もあり、またその一部に止まる場合もある。プロシヤの"Eigentums-fischereirecht"の場合も同様。プロシヤ漁業法四条参照。Coulson, op. cit. p.402

- (6) 石黒、前掲書三五頁。井出、前掲書四八頁参照。

三、漁業権の法的意義

漁業権の意義については、漁業法上、鉱業法第五条の如く包括的に示す規定は存在していない。前漁業法において、或は「漁具ヲ定置シ又ハ水面ヲ区画シテ漁業ヲ為スノ権利」(四条)或は「水面ヲ専用シテ漁業ヲ為スノ権利」(五条)と個別的に規定するに止まり、新漁業法もまた、定置漁業、区画漁業、共同漁業の三種の漁業権につき、それぞれ具体的な規定を設けているにすぎない(六条)。しかしながら、前記の規定及びその他の漁業権に関する諸規定より総合的に判断し、或は漁業権制度の沿革等に徴して、漁業権は普通次の如く定義されている。例えば、「漁業権とは公共用水面又はこれと連接して一体を為す公共用に供せざる水面の特定区域に於て、行政官庁の免許を受け他人を排斥して特定の漁業を為す権利である」と(戸田保忠、「法律学辞典昭和九年岩波書店」。或はまた、「漁場において、一定の漁業(水産動物物の採捕又は養殖の事業)を独占的排他的になしうる権利」(我妻榮編「新法律学辞典」昭和二十七年有斐閣)であると。

以下の論述に必要な範囲内でこれを簡単に分説し、あらかじめ、漁業権の法律的意義を明らかにしておきたい。

まず第一に、漁業権は漁業をなす権利である。

現行漁業法第二条には、「漁業」とは、水産動植物の採捕又は養殖の事業をいう」とある。而して、「水産動植物」(以下、単に水産物と略することがある)とは、魚類、貝類、そう類、鯨その他の海獣、うに・ひとで等の魚貝類以外の水産物一切をいう。その範囲は必ずしも生物学上の分類に属するものでなく、一般社会通念によつて決定せらるべきであることは勿論である。「採捕」とは、天然の状態にある水産物を採取捕獲する行為をいうのであるが、現実にはその物を把握することは必ずしも必要でなく、自己の実力的支配内に移せば足りると解すべきであろう。「養殖」とは、一定の水面を自然的又は人為的に区画し、水産動植物の成育及び増殖を目的として該水面にこれを飼育することをいうのであつて、区画漁業に当るものである。また、漁業というためには「営利の目的を以て水産動植物の採捕又は養殖を業とする」(旧漁業法一条)ことが必要なのであり、単なる遊漁、自家用食料のため、或は試験、研究、調査のための採捕又は養殖は営利性がないから漁業とはいえない。

第二に、漁業権は特定の水面において、漁業をなす権利である。

すなわち、漁業の目的たる水産動植物の採捕又は養殖の行為は、一切の水面においてでなく、特定せられた水面の範囲内で行われるのである。(ここにある水面とは単に水の表面のみでなく、水中、水底は勿論、干潮時に干出する部分等も含むと解される。)漁業権の存在する特定の水域は、普通「漁場」と称せられる。大審院は、漁業権所定の漁場以外で漁具を敷設し、わしを捕獲した事件につき、次の如く判示した。「縦令免許漁業権者タリト雖其ノ免許ヲ受ケタル漁業区域以外ノ場所ニテ漁業法第四条(定置漁業及び区画漁業に関する規定―筆者)所定ノ免許ヲ受ケスシテ漁業ヲ為スニ於テハ同法第五八条第一項第一号ニ所謂免許ニ依ラスシテ漁業ヲ為シタル者ニ該当スルコト論ヲ待タサルトコロ」なりと。

而して、漁業法は公共の用に供する水面又は之と連接して一体をなす非公共用水面に適用される(漁業法三条・四条)ので、漁場もこれらの水面の特定の区域に存在することになる。

第三に漁業権は特定の漁業をなし得る権利である。

吉原・わが国における漁業権の法律的構成

漁業権は一定の水面において、あらゆる種類の漁業をなし得る包括的な権利ではなく、漁獲物の種類、採捕又は養殖の方法、漁業時期等その内容が特定せられており、この特定された一定内容の漁業をなす権利なのである(大審院は、「免許セラレタル漁業時期外ニ為シタル漁業ハ免許ニ依ラサル漁業ナリ」としている。大判、昭八、二、六刑集一二巻二六頁)。漁業法は水産動植物の採捕又は養殖の手段方法すなわち漁業方法の態様により、漁業権を定置漁業、区画漁業、特別漁業、専用漁業等の種類に分けたが、実際免許される場合には、これらの種類に属する漁業権は更にその内容に依りて、細かく分類され、漁業の種類、名称毎に免許されているのである。この点、イギリス及びプロシヤ等諸外国の漁業権が包括的な権能を有するのに対し著しい対照をなしていることは既述した通りである。

第四に、漁業権は行政官庁の免許により設定せられる権利である。

わが漁業法は、いわゆる免許主義を採用し、水面又は敷地の所有者が存在する場合でも、これと全然切離し、免許によつてのみ漁業権を設定することになっている(十条)。漁業権の取得は、漁業法に基く行政官庁の漁業免許による以外に生ずることがなく、時効、慣習等によつては取得せられない。判例に「行政官庁ノ免許ヲ得ルニ非サレハ行使スルコトヲ得サル漁業権ハ其ノ免許ヲ得タル者ニシテ始メテ之ヲ有スヘキモノナレハ仮令漁業ノ免許ヲ得タル者ト他ノ者トノ間ニ如何ナル契約アリトスルモ名義人以外ノ者ハ漁業権ヲ有スル者ト謂フヲ得ス」とあるが、現行漁業法でも、さらに、原則として区画漁業権以外の漁業権は当事者間で移転できず、また、漁業権は貸付の目的となることができないと明規されている。

第五に漁業権は排他的、独占的、権利である。

漁業権は第三で述べた如く漁獲物の種類、漁法等に制限が加えられているが、その範囲内では、一定の漁場において他人を排斥し、独占的に漁業を営むことのできる権利である。このように、漁業権は、法律上一定の利益を他の第三者に対して主張し得る排他的な力を附与して保護されている点において、単に一般的禁止の解除による反射的利益に過ぎぬ「漁業許可」とは本質的に

(6)

異なるのである。⁽⁷⁾

したがって、漁業権を侵害する者に対しては当然不法行為に基く損害賠償を請求し得る。また、物権とみなされる結果、物権的請求権を行使して妨害排除を請求し得、或は妨害予防をも請求することが出来る。更に、漁業権侵害者は漁業権侵害罪（漁業法一三八条）にも触れ、刑事的制裁を加えられるのであつて、これらにより漁業権の法的保護が図られているのである。

註 (1) 水産庁「漁業制度の改革——新漁業法条文解説」（昭和二五年）二三五頁参照。なおプロシヤ漁業法第四条は漁業目的物を列挙している。 Brauchitsch, a. a. O. S. 376.

(2) 水産庁「漁業制度の改革」二二七頁。星四郎「日本漁業法註解并判例」三四頁。

(3) 同旨、片山房吉「漁業法講義」三三頁。

(4) 大判、昭和九、二、一〇刑集一三卷八〇頁。

(5) 「漁業権ハ行政処分ヲ以テ創設スル私権ニシテ其ノ權利ハ行政官庁ノ漁業免許ノ時ヲ以テ發生スルモノトス」大判大正一一、六、一六刑集一卷三三三頁。

(6) 大判、明治三五、三、一七民録八輯三卷五一頁。

(7) 大判、明治四〇、一二、二四民録一三輯二二八七頁。

(8) 許可漁業制度は權利の設定でなく、一般に禁止されている漁業を許可によつて特定人に解除する制度であつて、權利を附与して保護される漁業権の場合とは異なる。ただ、法社会的にこれをみた場合、許可そのものが權利化されており、一般に漁業権者も權利としてこれを意識し、鑑札の売買、譲渡すら行われているといわれている。潮見「漁業制度の改革について」法協六八巻二号七五頁参照。

(9) 学説、判例共に認めるところである。

末弘蔵太郎「債権各論」一〇二四頁。我妻栄「事務管理、不当利得、不法行為」（新法学全集一〇巻）一二七頁。我妻、有泉「債権法」（コンメンタール篇）五四三頁。加藤一郎「不法行為」（法律学全集二巻）一一三頁。大判、大正四、一二、二五民録二二輯二九二頁。大判、大正五、三、七民録二二輯三五〇頁。なお、漁業権侵害の問題は、他日漁業権の効力の問題としてまとめて論じたいと思う。

(三) 漁業権の本質

一、私権としての漁業権

漁業権が私権であることには今日もはや異論はないであろう。しかし、かつては、漁業権は水面なる公物の使用権を附与せしめられたものであるとして、漁業権を公権なりと説く学者もあつた。これに対し、かかる見解をもつては、漁業法の明文によつて「公共用水面に連接して一体をなす公共の用に供しない私水面」に設定される漁業権（漁業法三条）を説明することができないとの比喩が一般になされている。⁽²⁾ 勿論この比喩は正当である。しかし、ここで問題とななければならないのは、むしろ、漁業権をもつて単なる水面使用権なりと解することにより根本的誤謬を犯している点である。漁業権の本来の内容は、決して国家に対して有する水面使用の公法的權利關係にあるのではなく、一定の水域において、第三者を排他し独占的に一定の水産物を採捕し得るといふ、いわば私的経済的利益を特定人に法的に保護されるところにあるのである。而して、その法的保護も、侵害者に対し、物権的請求権の行使、或は不法行為による損害賠償請求等私法關係において完うされる。漁業権の得喪・変更に行政官庁が関与し、多少公法的制約が加えられているとしても、それを理由に漁業権の本質を公権と解することは正当でないといわねばならない。⁽³⁾ 漁業権が私権であり財産権であることは判例並びに学説の等しく認めるところである。この点についてこれ以上冗言する必要はないと思う。

註 (1) 佐藤百喜「日本漁業法論」（昭和五年）一七一—一九頁。

(2) 石黒武重「漁業法」（現代法学全集三〇巻）三九頁。安田正鷹「水利権」一九六頁。片山房吉「漁業法講義」三六頁。原暉三「日本漁業権制度概論」一七頁等。

(3) 大判、大正六、八、二二民録二三輯一二三三頁参照。判旨は公有水面埋立免許権についてであるが、漁業権等とその性質を異にするものにあらずという。

(4) 「漁業権カ私法上ノ財産権ナルコト毫末ノ疑ナク……」大判、大正四、一二、二五民録二二輯二九七頁。「漁業権ハ行政処分ヲ以テ創設スル私権ニシテ

……」大判、大正一一、六、一六刑集一卷三五三頁。

同旨、石黒、前掲書、三五頁。片山、前掲書、三五頁。原、前掲書一七七頁。
井出正孝「漁業法」(新法大全集三三卷)六八頁。

二、支配権としての漁業権

——漁業権と水産物との関係——

一、漁業権は、漁業権者が漁業権の内容たる一定の漁業をなすという利益享受を直接自ら実現し得る権利である点から、一つの支配権と考えられるのが普通であるが、しかし、民法学者の中にはこれを形成権の一種と考えるべきだと主張する者がある。以下その見解を検討しながら、漁業権の内容を吟味し、その法的性質を浮彫して行き度い。

二、末川博士「物権法」にいわく「鉱業権や漁業権などは……特異性を有しているのであつて、直接に鉱物や水産物を支配することを内容とすることなく、それらの物を採掘したり採捕したりして所有権を取得しうることを内容とするものであるから、学者によつては、これらの権利は、形成権の一種たる物権取得権に属するというふうに解している。」と(末川、前掲書昭和三三年版八頁——傍点筆者)。而して、博士自らも「鉱業権、砂鉱権、漁業権、入漁権の如き所謂物権取得権は、権利者の一方行為によつて物権殊に所有権を取得し得ることを内容とするものであつて、直ちに支配権の内容を有するものとはいえないから、形成権に属すると観る方が妥当であろう。」と述べられている。また、穂積博士は、追認権(民一一三条一二二条)、選択権(四〇六条)、取消権(一一〇条四二四条)、相殺権(五〇五条)等の「自己の一方的行為によつて法律上の効果を享有し得る権利」を「得権」(ドイツ学者のいわゆる *Kannrecht*; *Recht des rechtlichen Könnens* に対する博士の訳語)と称せられ、これに鉱業権、漁業権等をも属せしめられているが、漁業権を形成権の一種であると考えられている点では変りがない。⁽²⁾

おもうに、このような見解は支配権或は形成権なる概念の不正確な把握に基因するものといえるのではあるまいか。元来、支配権 (*Herrschaftsrecht*, *Beherrschungsrecht*) とは、権利者の意思のみで権利内容たる一定の利益を

実現し得る点にその特質があり、他人の行為を要求して利益享受する請求権 (*Anspruchsrecht*) と対比される権利である。⁽³⁾ また、形成権 (*Gestaltungsrecht*) とは、追認権、取消権の如く、「権利者の一方的意思行為のみによつて一定の法律関係を形成し變動(変更、消滅)させるものであり、相手方ないし第三者の行為の介入を要求しない点では支配権と類似しているものの、支配権の如く実際の利益に対する実体的保障ではない。権利者の一方的意思行為による効果は、支配権又は請求権の発生、変更、消滅の前提要件に過ぎず、これらの権利に対して手段的性質を有するに過ぎない」点にその特質がある。しかるに、漁業権は取消権等の如く決して手段的、二次的意義をもつに止まる権利ではなく、漁業権者が自ら水産動植物を採捕又は養殖するという実際の利益を直接的に実現し得る権利なのである。このような意味から漁業権を形成権の一つとみる見解には賛同し難い。

三、漁業権を物権取得権として形成権の一種であるとみる見解に関し、形成権たる権利の範疇に属せしめることが妥当でないことは今述べた通りであるが、しからば、次に、これらの学者が考えるように漁業権は物権取得権 (*dingliches Anwartschaftsrecht*, *Erwerbsrecht*) すなわち漁業をなして水産物に対する所有権を取得する権利なのであるか。いい換えれば、漁業権は、それ自体に水産物に対する所有権取得の権能まで含むものであるか。漁業権の内容を明確にするためには、この点こそ問題として取上げねばならないであろう。漁業権と同じく物権取得権の範疇に入れられている鉱業権については、明文をもつて鉱業権とは一定の鉱区において一定の鉱物を掘採し及び取得する権利であるとされている(鉱業法五条)。これによつても明かな如く、鉱業権は単に一定の鉱物を掘採し得る権利のみならず、更にその掘採せる鉱物の所有権をも鉱業権者に帰せしめる効力を有するのである。⁽⁴⁾ したがつて、物権取得権という概念は、鉱業権に関する限り正當かも知れない。また、ロシア漁業法においても、漁業権は一定の水産動植物を先占 (*aneigen*) する権能ありとされている(同法四条一項)。⁽⁵⁾ しかしながら、わが国の漁業法にはこのような規定はない。漁業権は一定の漁場において水産物を採捕し

得る権利であり、採捕に関しては他の第三者を排除し、独占的に行うことのできる権利であるが、更に一步進んで水産物そのものに対する直接的権利ではないのである。判例もこの理を認め、「漁業法ニ所謂専用漁業権ナルモノハ行政官庁ノ免許ヲ受ケ、海上一定ノ区域内ニ於テ天然ニ生育スル水産動植物ヲ排他的先占的ニ採捕シ、又ハ漁業者ガ其所有ニ係ル水産動植物ヲ養殖スルコトヲ得ル権利ヲ指称スルモノニシテ、免許ヲ受ケタル一事ヲ以テ該区域内ノ水産動植物ノ上ニ当然占有権若ハ所有権ヲ獲得スベキモノニ非ズ」と述べている。したがって、漁業権者は例え自己の漁場内に存在し当該漁業権の内容に属する水産物であつても、採捕又は養殖行為の結果これについて現実に所有権を取得せざる限り漁業権のみをもつてはこれに對し何等の権利をもつものではない。第三者が漁業権設定の漁場内において不法に魚類等を探つた場合といえども、漁業権者はその魚類が自己の所有に属することを理由に返還請求権 (rei vindicatio) を行使することは認められないのである。かくの如く、漁業権はそれ自ら水産動植物に対する所有権取得の権能を包含するものではないのであつて、この意味から漁業権を鉱業権と同じく物権取得権なる概念をもつてよぶことも不当であるといわねばならない。

註 (1) 末川博「權利侵害論」(昭和三年二版)三二五頁。また、後藤清「改訂民法序説」一六七頁。林良平「物權法」一一、一二頁も同じ見解である。

(2) 穂積重遠「改訂民法総論」(昭和四年一〇版)九二、九三頁。近藤英吉「物權法論」二頁は可能権としている。石坂博士は漁業権を形成権として例示しておられる。石坂「形成権(私權の新種類)」(改纂民法研究上巻)一四一頁。

(3) 支配権の定義は、學者により多少異つてゐる(拙木馨「判例民法総論上巻」七二頁。末川「權利侵害論」三二二頁等)。しかし支配権は請求権に相對するものであり、特許権の如き無体財産権も支配権の範疇に入ることと思へば、「客體に對する直接的な物理的な支配」というより、むしろ本文の如く、權利者の意思のみで權利内容たる一定の利益を實現し得るところにその特質を求むべきであらう。我妻栄「私法概論」一三六頁。舟橋諄一「民法総則」法律學講座、二頁參照。

(4) 舟橋、前掲書二四、二五頁參照。

(5) 末弘嚴太郎「漁業権ノ本質」法協三一卷一一号八四頁。
(6) したがつて、ドイツでは Fischereirecht は "Aneignungsrecht" と把握されている。

Max Herrmann, Kommentar zum Preussischen Fischereigesetz vom 11. Mai 1916, S.16. Enneccerus, Ripp u. Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II Bd. Sachenrecht S.248

(7) 同旨、末弘、前掲論文八四頁。安田「水利権」一七九頁。井出「漁業法」六九頁。

(8) 大判、大正一一、一一、三、刑集一卷六二九頁。

(9) 刑法學者も漁業権の侵害によつて取得された魚貝は、漁業権者において追及権を有しないので、贓物とはいえないと主張している。井上正治「刑法各論」一六二頁參照。

四、しからば、漁業権者はどのような法的根拠によつて水産物に対する所有権を取得するのであるうか。今更あらためていうまでもなく、それは民法上の無主物先占による法律効果なのである。元來、公水にある水産物は、漁業権者が現実にこれを採捕するまでは全然何らの權利の目的物たるものでなく、民法にいわゆる無主の動産であつて、これを採捕することは無主物に対する先占に他ならない。すなわち、漁業権者は水産物を採捕し、所有の意思をもつてこれを占有することによつて、民法第二三九条第一項の法理により水産物に対する所有権を原始的に取得するのである。判例にもいう如く「自然ノ狀態ニ於テ生育スル無主ノ水産物ノ類ハ人ガ之ヲ採取スルニ因リテ其ノ採取者ノ占有ニ歸シ之ト同時ニ採取者ガ其ノ所有權ヲ取得スルヲ普通ノ狀態ト」する(大判、大正、一一、一一、三刑集一卷六二八頁)。ただ、漁業権が設定されている漁場の場合といえどもその中にいる水産物は常に無主物であるとは必ずしもいえないのであつて、例えば養殖業の区画漁業の場合等の如く、漁場内の水産物に對して既に所有關係が成立していることもある(例えば、養殖業(区画漁業権)において区画された漁場内にびび等を建設し、或はかご等を垂下げて、真珠等をこれに附着、発生させる場合、或は稚貝、稚魚等を養殖のため囲障設備のある水面に放殖した場合等は、これらの漁場内にある水産物は既に漁業権者の所有に属する

と考えられる。また、廻遊性の魚が設置網（特に身網）等の中に入ってしまった場合も先占とみてよいであろう同旨、末川「物権法」二九八頁。がしかし、この場合といえども所有関係の成立は、決して漁業権（具体的には区画漁業権）の効力に基いたものでなく、一採捕以前に自己の所有にある稚魚稚貝等を一定の区画水域に放殖したり、或はひびを建ててこれのりを附着させたりすることによつて——物権法の一定の要件を具備することにより、所有権或は占有権を取得しているのである。⁽³⁾

かくの如く、漁業権者の漁獲物に対する所有権取得は漁業権直接の効果でなく、民法の原則たる無主物先占の効果なのであつて、この点鉱業権とは異なる特質を有するのであるが、漁業権は、この先占を一定の範囲内で独占的排他的になし得る権利であるということが出来る。漁業権をもつて排他的先占権（山田巖「ドイツ物権法上巻」三五六頁）と称する所以もここにあるといえよう。

しからば、無主物先占の効果により水産物の所有権を取得することのできるのは、漁業権者に限られるのだろうか。例えば、他人の漁場で不法に水産物を採捕した者も（漁業権侵害の問題——法定の制裁及び損害賠償——は別として）、その水産物に対し、やはり無主物先占の効果により所有権を取得するのか、或は、漁業権者でない故にその効果を認めないといひ得るのか、という問題が提起される。この問題に関するわが民法の解釈としては、「不法なる先占であつて不法行為による損害賠償の義務を負担し、或は法定の制裁を受けるとしても、無主物の先占である限り先占の効果たる所有権取得の効果はなお発生することを妨げない」と解するのが有力な見解である。⁽⁴⁾しかし、筆者は多少疑問をもつ。

おもうに、漁業権の目的たる漁業はいわゆる免許漁業（免許を受けなければなすことのできない漁業）であり、免許を受けた特定人のみを権利者として法的に保護せんとしたものである（漁業法九条、一三八条号参照）。いい換えれば、漁業権は特定人（漁業権者）だけに、一定の漁場内において免許された水産物について独占的排他的にこれを採捕し、無主物先占の効果によつて所有権を取得するよう法的に保護したものである。このような漁業権者

以外の者の漁業すなわち水産物の採捕又は養殖をさせないという現行漁業権制度の目的からすれば、ドイツ民法第九五八条第二項の如く、漁業権者以外の不法採捕の場合には、無主物先占の効果を認めないと解する方が妥当であると考えられるのではあるまいか（ちなみに、漁業権者以外の者が不法に採捕した場合には、犯人が所持する漁獲物を没収することができる旨の規定がある。漁業法一四〇条。）

註

(1) 「海中ニ自然ニ発生スル海藻魚貝ハ元來何人ノ占有ニモ屬セザル無主ノ水産動物ナルノミナラズ漁業法ニモ之ヲ占有スル權利ヲ漁業権者ニ与ヘタルニ非ズシテ唯其ノ權利ノ範圍ニ属スル区域内ニ於テ之ヲ採捕シテ自己ノ所有ト為スノ權利ヲ授与シタルニ過ギザル……」大判、昭元、一二、二五、刑集・五卷六〇四頁。

(2) 我妻「物権法」二九八頁。末川博「物権法」二九八頁参照。

(3) 前掲の判例で、普通の場合には、漁業法によつても漁業権者に水産物に対する権利を授与したものでないから、たとえ他人がこれを獲得するも窃盗罪を構成しないのであるが、「養殖真珠貝ノ如キハ……選ヲ異ニスルモノアリ」として次の如く述べている。「真珠貝ハ通常海岸ノ浅所ニ天然ニ発生スルモノナルモ（所謂稚貝）之ヲ其ノ自然ノ状態ニ委スルニ於テハ冬季寒氣ノ為凍死スルノ虞アルモノナルヲ以テ真珠貝養殖業者ハ之ヲ天然ノ発生地（所謂採苗地）ヨリ採捕シ以テ其ノ发育ニ適當ナル深度ヲ有スル海中（所謂放殖場）ニ放養スルモノニシテ而モ放殖場タル海底ハ毎年整理シテ真珠貝ノ附着ニ適セシムル様石及瓦等ヲ投置スルヲ常トスルモノナルコト明カナルヲ以テ養殖業者ガ所有ノ意思ヲ以テ採苗地カラ之ヲ採捕スルニ於テハ此時ヲ以テ民法第二三九条ニヨリ先占ニ因リ其ノ所有権ヲ取得スルニ至リシモノト謂フベク而シテ後日養殖ノ為之ヲ放殖場ニ投入スルモ之ガ為ニ一旦取得シタル所有権ヲ喪失スルモノニ非ザルヤ又多言ヲ要セズ」……「何等ノ權利ナクシテ壇ニ之ヲ獲得スルニ於テハ窃盗罪ヲ構成スルコト勿論ナリトス」と（大判、昭元、一二、二五、刑集五卷六〇四頁）。

(4) 末弘「鉱業権ノ本質」法協三一巻一八六、八七頁。同旨、我妻榮、

有泉享「民法総則、物権法」（コンメンタール篇2）三六〇頁。近藤「物権法論」七〇頁。

(5) “Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwir-

ist das Eigentum an der Sache. Das Eigentum wird nicht erworben, wenn die Aneignung gesetzlich erhoben ist oder wenn durch die Besitzererfolgung das Aneignungsrecht eines andern verletzt wird." B.G.B. §958.

三、物権としての漁業権

——漁業権と漁場との関係——

一、漁業権は、以上述べた如く、支配権たる性質を有するのであるが、漁業法は更に「漁業権は物権とみなし、土地に関する規定を準用する」と規定している（二三条一項）。それ故、民法学者の多くは、そのまま漁業権を特別法による物権の一つに列挙しているのであるけれども、少し立ち入って考えれば、問題が少くない。一部には、「鉱業権、漁業権入漁権ハ其性質物権ニ非ズ、蓋シ之レ物上支配権ニ非ザレバナリ。只法律ニヨリ物権ト看做サルルニヨリ、物権的効力ヲ附セラルルニ過ギズ」と主張する学説もある。末弘博士が教示された如く、その権利の本質が、果して真に物権なのか否か、また、何故に物権とみなされ土地に関する規定が準用されるかは、深く権利そのものの内容に立入って精細な考察をなさねばならない。

二、漁業権の物権性を問題とするには、物権の本質的な二要素、すなわち、第一に、直接物についての利益を享受することを内容とし、他人の行為の請求を目的としないこと、換言すれば支配権であること、第二には、民法第八五条にいわゆる「物」又はこれに準ずべきものを目的物としていること、換言すれば、権利の客体が物であること、の二要素を果して漁業権がそれ自体に包含しているか否かについて検討しなければならぬであらう。まず第一点についてみるに、漁業権は、漁業権者目らが一定の漁業を排他的になし得るといふ利益を実現することのできる権利、すなわち、支配権であることは前段で既に述べた通りである。したがって、以下、論点は専ら第二点、漁業権の目的物は何か、という問題にしばられるわけである。これを論ずる前に、まずわれわれは、ここに「権利の目的物」というのは、権利の附着する目的物（Object）、すなわち、権利の内容たる一定の利益を実現するために必要な一定の対象であること、更にいい換えれば、「権利の客体」なのであ

つて、権利の内容（Inhalt）或は権利の目的とは別個の概念であることをあらかじめ明確にしておく必要がある。けだし、ともすれば、権利の目的物と権利の目的とを混同し、その結果徒らに議論の紛糾を招いている場合が見受けられるからである。

三、さて、漁業権の目的物或は客体は何であらうか。既述の通り、漁業権は直接水産物に対する権利ではない。それ故、漁場内の水産物が漁業権の目的物でないことは今更いふまでもないであらう。問題は漁業権と漁場との関係である。而して、この漁業権と漁場との関係をいかに把握するかが、畢竟漁業権の本質を物権とみるか否かの分岐点になると思われる。

まず、この点に関する従来の学説をみるに、多数説は、水面使用は漁業権と別個な法律関係であるとして漁場を漁業権の客体とはみていない。いわく「漁業権をどこまでも無主若くは採取自由の水産動植物の採捕又は養殖の権利と解し、従つて又之が行使に伴う水面の使用は全く別々の関係であつて之に付若し法令上使用の許可を要すれば別に之を受くべきものと解する。」（石黒、前掲書四〇・四一頁―傍点筆者）或は「漁業権者はその権利の内容たる水産動植物の採捕又は養殖をなすこと自体に於て当然漁場たる水面を使用する関係を生ずるが、此場合漁業権者は其の範圍に於て水面使用の権能を有するものなりや否やに付ては、漁業権に基き何等特別の権能が漁業権者に附与せられるものに非ず、漁業権者は漁業権の行使に当り水面の一般的使用の範圍に属する限り其の漁場水面を漁業の目的のため使用することを得るも、其の水面使用関係は漁業権の効力に基くものに非ずして、当該水面の使用に関する一般的法律関係の効果に基くものと謂うべきである」と（井出、前掲書八三・八四頁―傍点筆者）。要するに「漁業権は水面の上に行はるる権利ではあるが、水面に対する権利ではなく、漁業権の効果として直ちに水面を支配することは出来ない」（安田、前掲書一七二頁―傍点筆者）と解するのである。

いふまでもなく、漁業権は水面の利用そのことを目的とする権利ではない。しかし、これらの学説は、水面使用は漁業権の目的に非ずと強調するの余り、権利の目的と権利の目的物すなわち権利の客体とを混同して、漁業権の本質

を考へる場合にも漁業権から漁場を全く除外してしもうという誤謬を犯しているといえるであろう。その結果、漁業権の物権性に關しては「漁業権は一定の水面に於て特定せる漁業を爲すと云う一定の利益享受を一般人に對抗し得る財産権たる点に於て、物権が物に付一定の利益享受を一般人に對抗し得るものなると權利の性質を同する。此の故に法律は漁業権の法律上の効力を規定する上に於て物権と同一の地位に置くを便宜とせるに依る」(井出、前掲書七一頁「傍点筆者」と説明しなければならぬ。しかしながら、およそ財産権(或はより広く權利一般)は、物権であれ無体財産権であれ、またそれが債権であつてもすべて「一定の利益享受を一般人に對抗し得る」ものであるといふべく、權利の絶対性をもつてしては、物権とみなし、しかも土地に關する規定が準用される理論的根拠に乏しい。また、この説明では漁業権はいわゆる絶対権であるというに過ぎなく物権たる性質を有するか否か問題にされてゐない。したがつてまた、何故に物権とみなされるかもただ便宜上の理由に終り理論的必然性ありや否や不明であるといえよう。

おもひに、漁場の存在を考慮外におき、漁業権は専ら一定の漁業を排他的になし得る權利であつて、漁場たる水面を使用する権能は含まず、漁場に対する何等の支配権能も有しないとすることは、結果において漁業権を無体財産権と同一視したものであつて、事実に対応しない觀念論であるといわねばなるまい。漁業は、周知の如く水面を利用して行われるものであり、水面を利用することなく行われる水産動植物の採捕といへば、例えば、水陸両棲の動物を陸上で捕獲するとか、或は岸地に打上げられた海藻類を採取する等極めて例外的な場合にしかあり得ない。したがつて、漁業法において規律の対象とせられる漁業すなわち水産動植物の採捕又は養殖行為とは、水面において又は水面を利用してなされる採捕又は養殖に他ならないといひ得るのである。しからば、このような意味をもつ漁業を權利の内容とする漁業権は、当然漁業のために水面使用をなす権能をその中に含むものと解されねばならないのである。

實際、漁業権と水面使用の關係が全然別個であり、漁業権のためには別に

吉原・わが国における漁業権の法律的構成

水面使用の許可を要するとは漁業権者達の法意識から到底容認されないところであろう。また、法制史的にみても、漁業権はむしろ漁場支配権或は漁場独占権として發展して來たものであつて、徳川時代に漁場の売買、漁場の質入等が行われていた事実はこのことを物語つてゐる。更にわれわれは、何故に一定の漁業を漁業権として保護するのか、漁業権の社会経済的基盤を考察してみる必要がある。免許漁業が許可漁業と異り權利としての法的力を附与される第一の理由は、漁場の特定ということにほかならない。すなわち、漁業権として保護される漁業は自然的技術的に漁場が特定し(定置漁業の場合は網を敷設する区域、区画漁業の場合は養殖するために区画された一定の水域)、しかもこの特定された漁場で第三者の侵害を排除しなければその漁業が成立しないものである。したがつて、その漁場に対する第三者の妨害を排除して(例えば網を張る水面で他の者がこれを張らせないよう妨害すること、網の中や網口で他の漁業をなすこと、魚道にあたるところで網の中に入らうとする魚群をとること等を許さない等)、独占排他的に當ませるため、いい換えれば、その漁業を行うにつき特定された漁場を排他的に支配させるためこれを權利として保護したのである。

かくの如き漁業権の歴史的並びに社会経済的基盤を顧るならば漁業権を普通定義される如く「特定の水面において特定の漁業をなしうる排他的權利である」と解するよりは、むしろ、「法令の制限内において漁業の目的を以つて、一定の水面(漁場)を直接排他的に支配する權利である」と把握することが、より実態に則した見解といえるのではないだろうか。

ともあれ、漁業権と漁場とは全く不可分な關係にあり、漁場は漁業権の内容たる漁業の利益を実現するためには必要な対象なのである。漁業権は單なる水面使用の權利でないとしても、一定の水面に漁場を固着した權利であるといふことができる。ここにおいて、われわれは、漁業権の客体は漁場であると断言することができるのである。

四、しかし、漁業権が眞に物権であるか否か結論づけるには、次いで、その客体たる漁場が、物権の目的物として要求されるところの民法にいわゆる

物、或はこれに準すべきものであるか否かを吟味しなければならない。

民法にいう物とは有体物をいうのであるが、この中には液体も当然含められている。ただ、法律上の物であるためには人の支配し得るものでなければならぬのであつて、この点海洋は多少問題となるであろうが、海洋といえども、行政行為等により一定の範囲を区画されて支配が可能となるならば、その海面を物とみて差支へはない（通説）。しかるとき、漁業権の客体たる漁場は、行政官庁により一定の範囲に区画されたものであつて、これに対する支配が可能であることは、定置網漁業或は養殖業の漁場を想起すれば容易に納得しうるであろう。漁場は民法にいう物或はこれに準すべき物とみることができ、漁業権はこのような物を客体としているといふことができるのである。（漁場の法的性質をこのように解することには多少技巧的なきらいがないとはいえない。筆者は、たとえ目的物が民法上の「物」でなくとも権利の内容が「物」を目的とする普通の物権と全く同じで大体これに関する規定を適用し得るならばこれを物権とする見解（末弘「物権法上」二〇頁以下）に心惹かれるものであるが、このような論理でいけば漁場といえども全然「物」に非ずとはいひ切れないと思う。）

結語、以上、漁業権の物権性につき考察を進め、漁業権は漁場を客体とし、一定の漁業のためこれを支配する権利であつて、その漁場は民法にいう物或はこれに準すべきものであることを明かにした。その結果、われわれは次の如く結論することができよう。

漁業権は、漁場たる物を一定の目的をもつて直接に支配し、その特定の漁場において、一定の水産動植物を採捕又は養殖するという利益を直接的に、且つ排他的に享受することのできる権利である。この意味で、権利の客体たる物について直接何らかの利益を受けることを目的とする権利であるところの民法上の諸物権と全く性質を同じくするものである。特に、漁業権は一定の漁業の目的をもつて漁場を支配する権利である点では土地を一面的に支配する権利たる土地制限物権と同一類型に属する物権であるといふことができ、また、このような見地より始めて「土地に関する規定を準用する」との意義も理解されるのである。すなわち、支配の目的物たる漁場は、わが民法上

の土地なる範疇に入れて觀念されていないために「準用す」或は「みなす」としたと解すべきであろう。しかし、漁業権は、一部の学説のいう如く本来物権に非ざるものが法律の擬制によつて物権とみなされるものではなくして、その本質において真に物権なのであると。（漁業権を物権とみた場合の諸法律問題は次回「漁業権の物権的構成」にゆずることとする。）

註 (1) 中島玉吉「民法釈義物権篇卷ノ二上」二六頁。

(2) 末弘「漁業権ノ本質」法協三一巻、八号、六三頁。

(3) 物権の特質として何を挙げべきかについては学説により多少異つてゐる。したがつて、物権の本来的特質をこの二点に求め、これだけで漁業権の物権性の判定基準とすることには或は異論があるであろう。筆者はこの二点こそ民法に規定される諸物権に通ずる本質的要素と考えるのであるが（末弘「物権法上巻」一四頁以下参照）、ここで物権本質論を詳細に展開する余裕もないし、またその必要もあるまい。いわゆる排他性については、支配権の当然の結果として存在する性質であるとの考えに従う故にここでは特に取上げなかつたが、この点については、「漁業権の物権的構成」として次の機会に述べ度いと思う。また、いわゆる絶対権としての対世的効力に関しては、独り物権のみならず権利当然の性質と解せられる。この点については本文でも触れる。

(4) 例えば、漁業権を得有権と解されている穂積博士は、漁業権、漁業権等は「便宜上物権と同視されるに過ぎぬのであつて、実は物権でない。何故ならば此等の権利は現在特定物を目的としなからである。此等の権利の目的は将来権利者が特定の行為をすることによつて特定の法律關係を發生確定存続變更又は消滅せしめ得るという無形の利益である。」（穂積「改訂民法総論」九三頁「傍点筆者」）と述べられているが、そこでは権利の目的と目的物が混同せられて論ぜられているといえよう。

(5) 権利の不可侵性、絶対性という点については今更「冗言するまでもなからう。末弘、前掲書一九、二〇頁。我妻「債權総論」(民法講義Ⅳ)五六頁。末川「權利侵害論」三三〇頁。拙稿「判例民法総論上巻」八六、八七頁。なお、大判に「凡ソ權利ハ親權夫權ノ如キ親族權タルト物權債權ノ如キ財産權タルトヲ問ハズ孰レモ他人ヲシテ其權利ヲ侵害セシメザル對世的効力ヲ有シ何人タリトモ之ヲ侵害スベカラザルノ消極的義務ヲ負フモノトス」(大判、大正、四、三、一

○刑録二二輯二七九頁。

(6) 中田薫「法制史論集第二卷」八三六頁（徳川時代の物権法雜考）参照。山口和雄「日本漁業經濟史研究」四頁以下参照。

(7) 水産庁「漁業取締規則の解説」一六頁以下参照。ただ、共同漁業権は入会漁業關係を法的に整備し、協同組合の管理下におかれたものであつて、多少趣を異にしている。しかし、漁業権の物権性を問題とする場合には特に別個に考える必要はないと思う。

(8) 原「日本漁業権制度概論」一二〇頁。

(9) 我妻「民法総則」一七七頁、なお、大判、大正、四、一二、二八、民録二一輯二二八七頁。参照。

(10) 原「日本漁業権概論」一二〇頁、同「漁業法判例解説」三〇頁。美濃部「行政法提要下巻」五六八頁。参照。

（昭和三一、一〇、三一未完）

